



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**

**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS**

**PRISCILA SAYURI YAMAGUTI TASHIRO**

**O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NA APLICAÇÃO DA PENA DO CRIME DE  
TRÁFICO PRIVILEGIADO (§4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06)**

**Brasília  
2015**

**PRISCILA SAYURI YAMAGUTI TASHIRO**

**O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NA APLICAÇÃO DA PENA DO CRIME DE  
TRÁFICO PRIVILEGIADO (§4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06)**

Monografia apresentada como requisito  
para a conclusão do curso de  
bacharelado em Direito pela Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Ciências Sociais –  
FAJS – do Centro Universitário de Brasília  
– UniCeub.

**Orientador:** Prof. Georges Seigneur.

**Brasília  
2015**

**PRISCILA SAYURI YAMAGUTI TASHIRO**

**O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NA APLICAÇÃO DA PENA DO CRIME DE  
TRÁFICO PRIVILEGIADO (§4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06)**

Monografia apresentada como requisito  
para a conclusão do curso de  
bacharelado em Direito pela Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Ciências Sociais –  
FAJS – do Centro Universitário de Brasília  
– UniCeub.

**Orientador:** Prof. Georges Seigneur

Brasília, \_\_\_\_\_ de 2015

**Banca Examinadora**

---

Prof. Georges Seigneur, Orientador

---

Examinador

---

Examinador

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pela conclusão do curso de Direito após cinco anos de dedicação à vida acadêmica.

Aos meus pais e avós pelo amor e apoio irrestrito, aos quais atribuo todos os meus méritos.

Ao meu irmão, namorado e amigos pelo companheirismo e torcida pelas minhas conquistas.

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre a possibilidade de se invocar o art. 42 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) na primeira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, e na terceira fase, para fixar a fração da causa de diminuição de pena do § 4.º do art. 33 do mesmo diploma legal, sem incorrer em *bis in idem*. Para tanto, analisa-se preliminarmente as premissas teóricas do princípio do *ne bis in idem* e o instituto do tráfico privilegiado por meio de doutrinadores e da jurisprudência. Após, foram trazidas à baila jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e da Primeira e Segunda Turmas do Supremo Tribunal Federal que ilustram a grande e atual controvérsia acerca da forma de aplicação desta causa de diminuição. Por fim, foi feita uma análise de dois julgados do Pretório Excelso que, diante da omissão do legislador em definir os parâmetros balizadores de aplicação da minorante, buscaram pacificar entendimento quanto à interpretação dos arts. 42 e 33, § 4.º, ambos da Lei de Drogas, no âmbito da Corte Suprema.

**Palavras-chave:** Tráfico de drogas. Tráfico privilegiado. Dosimetria. Causa especial de diminuição de pena. Princípio do *ne bis in idem*.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>1 A VEDAÇÃO AO <i>NE BIS IN IDEM</i>.....</b>	<b>7</b>
<b>1.1 Princípios Constitucionais Penais .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2 O Princípio do <i>Ne Bis In Idem</i> .....</b>	<b>12</b>
1.2.1 Breve Relato Histórico.....	12
1.2.2 Conceito .....	14
1.2.2. Princípio do <i>Ne Bis In Idem</i> no Ordenamento Jurídico Brasileiro .....	16
1.2.3. O Princípio do <i>Ne Bin In Idem</i> no Direito Penal .....	19
<b>2 DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 .....</b>	<b>25</b>
<b>2.1 A Figura do Tráfico Privilegiado .....</b>	<b>25</b>
<b>2.2 Requisitos .....</b>	<b>28</b>
2.2.1 Primariedade .....	28
2.2.2 Bons Antecedentes .....	30
2.2.3 Não se Dedicar à Atividade Criminosa.....	32
2.2.4 Não Integrar Organização Criminosa.....	34
<b>2.3 <i>Quantum</i> de Diminuição da Pena .....</b>	<b>36</b>
<b>3 INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 33, § 4.º, E 42 DA LEI DE DROGAS SEGUNDO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>41</b>
<b>3.1 <i>Habeas Corpus</i> n.º 109.193/MG.....</b>	<b>42</b>
<b>3.2 <i>Habeas Corpus</i> n.º 112.776/MS .....</b>	<b>45</b>
3.2.1 Voto do Relator .....	47
3.2.2 Da Divergência.....	49
3.2.3 Do Acórdão .....	52
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 11.343/2006, que revogou as Leis 6.368/1976 e 10.409/2002, foi conferido tratamento mais rigoroso aos grandes traficantes. Para o crime de tráfico de drogas – anteriormente tipificado no art. 12 da Lei 6.368/1976 e agora tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006 –, aumentou-se a pena mínima cominada, que era de 3 (três) a 15 (quinze) anos mais 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos mais 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Em contrapartida, a nova Lei de Drogas conferiu ao pequeno e eventual traficante tratamento mais brando ao prever em seu § 4.º do art. 33 uma causa especial de diminuição de pena, de 1/6 a 2/3, desde que cumpridos os requisitos de primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividade criminosas e não integração à organizações criminosas.

Contudo, em decorrência de omissão do legislador em fixar parâmetros para definir o *quantum* redutor, a aplicação da minorante deste chamado tráfico privilegiado sempre esteve cerceada de divergências jurisprudenciais.

Na presente monografia, abordar-se-á a questão da suposta violação ao princípio do *ne bis in idem* ao considerar as circunstâncias do art. 42 da Lei 11.343/2006 tanto para exasperar da pena-base, quanto para fixar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, do mesmo diploma legal.

No primeiro capítulo, será analisado o princípio do *ne bis in idem* apontando brevemente seu arcabouço histórico, definindo seus conceitos e, por fim, mostrando sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no âmbito do direito penal.

No segundo capítulo, será apresentada a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, bem como seus requisitos e a problemática envolvendo os critérios balizadores do *quantum* redutor a ser aplicado.

No terceiro capítulo, discorrer-se-á sobre a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal aos arts. 33, § 4.º, e 42, ambos da Lei de Drogas no julgamento

conjunto dos *Habeas Corpus* (HC) 109.193/MG e 112.776/MS. Nesse momento, serão analisados tanto o voto do Ministro Relator quanto da divergência, diante da rica argumentação trazida pelos Ilustres Ministros.

Para alcançar o objetivo será feita uma análise dos conceitos doutrinários, do Código Penal e da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), e da jurisprudência, com especial enfoque ao Supremo Tribunal Federal.

O tema foi escolhido devido à extrema importância do estudo do crime de tráfico de drogas no cenário atual, tendo em vista a vasta quantidade de presos reclusos em decorrência da prática do aludido delito.

De acordo com o sistema InfoPen – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, mantido pelo Ministério da Justiça, no ano de 2009, o tráfico de drogas era o crime que mantinha mais encarcerados no Brasil, contando com mais de 86 mil presos.<sup>1</sup>

Assim, a análise da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado se reveste de alta relevância, sobretudo por ter o condão de, na terceira etapa da dosimetria da pena, reduzir a pena do condenado aquém do mínimo legal cominado, conferindo à ele diversos outros benefícios na execução penal.

---

1

INFOPEN.

Disponível

em:

<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID2627128ED69E45C68198CAE6815E88D0PTBRIE.htm>> Acessado em 10/11/2014 às 13:32> Acesso em: 4 out 2014.



## 1 A VEDAÇÃO AO *NE BIS IN IDEM*

A fim de possibilitar a análise da controvérsia central da pesquisa, discorrer-se-á, preliminarmente, sobre o princípio do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seu arcabouço histórico, conceito e, sobretudo, sua incidência no direito penal.

### 1.1 Princípios Constitucionais Penais

A palavra ‘princípio’ deriva do latim *principium*, cujo significado é origem, causa primária, aquilo que constitui a matéria, que compõe predominantemente um corpo.

Segundo coletânea doutrinária e jurisprudencial feita por Riccardo Guastini, foram constatados seis conceitos diversos de ‘princípios’. Constatou-se que o vocábulo ‘princípios’ é utilizado pelos juristas para se referir a (a) normas extremamente generalizadas; (b) normas “providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa”; (c) normas de caráter programático; (d) normas “cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada”; (e) normas imprescindíveis no sistema jurídico; e (f) normas “dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos”.<sup>2i</sup>

Embora distintos, verifica-se que todos estes conceitos de princípio guardam entre si um traço comum: a vinculação à disposições normativas, o que os torna uma espécie de norma.<sup>3</sup>

Importante ressaltar, contudo, que não se deve confundir princípios e regras, sobretudo por haver entre elas substanciais diferenças.

As regras também são uma espécie de norma, porém são normas mais específicas, com baixo grau de abstração, e suscetíveis de aplicação direta ao caso concreto pelo aplicador do direito.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 257-258.

<sup>3</sup> Ibidem.

Por outro lado, os princípios são normas extremamente abstratas e genéricas, que dificilmente serão aplicadas diretamente ao caso concreto. Possuem alto grau de fundamentalidade, uma vez que se mostram imprescindíveis para nortear o ordenamento jurídico. Outrossim, são dotados de função normogénica, na medida em que conferem fundamento às regras, e, por ocuparem posição hierarquicamente superior à elas, também funcionam como vetores de interpretação.<sup>5</sup>

Nucci leciona que princípios são normas de conteúdo abrangente que servem como ferramentas para integrar, interpretar, conhecer e aplicar o direito positivo.<sup>6</sup>

Ruy Samuel Espíndola pondera o que se segue:

“Pode-se concluir que a ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”.<sup>7</sup>

Ivo Dantas, por sua vez, conceitua princípios nos seguintes termos:

“Para nós, PRINCÍPIOS, são categoria lógicas e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade”<sup>8</sup>

Quanto às funções desempenhadas pelos princípios, Bonavides pontua que a função fundamentadora, consistente em figurar como “fundamento da ordem jurídica”, é uma das mais relevante e de grande prestígio no Direito Constitucional.<sup>9</sup> Exalta, assim, que “uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, 1941.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>7</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. São paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.53.

<sup>8</sup> DANTAS, Ivo. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 283.

<sup>10</sup> Ibidem. p. 258.

Ademais, assumem os princípios a função orientadora, no sentido de nortear a interpretação das normas e a função supletiva, figurando como fonte de direito em casos de omissão ou insuficiência da lei e do costume.

No que tange à esta última função, impende ressaltar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro leciona em seu art. 4.º que os princípios se prestam a suprir lacunas da lei.

O referido dispositivo dispõe que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”<sup>11</sup>

No âmbito do direito penal, em específico, os princípios também possuem as funções fundamentadora, normogenética, orientadora e supletiva, figurando como elementos essenciais que norteiam e fundamentam toda a matéria penal.

Segundo Martos Nuñez, princípios são “pilares sobre os quais assentam as instituições jurídico-penais: os delitos, as contravenções, as penas e as medidas de segurança, assim como critérios que inspiram as exigências político-criminais”.

Luiz Regis Prado, contudo, atenta para o fato de que, no direito penal, os princípios atuam não só com as funções citadas acima, mas sobretudo como forma de impor limites ao poder punitivo estatal, o que se mostra essencial para o Estado Democrático de Direito. Confira-se:

“Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceituais do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito.”<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)> Acesso em: 28 mar 2014.

<sup>12</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume I*. 7. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007. p.131

Roxin leciona que em um Estado Democrático de Direito, “as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”<sup>13</sup>.

Em outras palavras, Affonso Celso Favoretto defende que o direito penal deve atuar residualmente, sem que haja intervenção desnecessária na liberdade do homem, de modo que impor limites ao poder punitivo estatal afigura-se essencial para o Estado Democrático de Direito.<sup>14</sup>

Assim sendo, tem-se que os princípios possuem ainda mais relevância, na medida que delimitam a atuação do direito penal e protegem os direitos individuais do homem.

Quanto aos princípios sobre os quais se estrutura o direito penal, há os constitucionais e os infraconstitucionais. Os princípios constitucionais são considerados fundamentais e estão expressos ou implícitos no texto constitucional. Eles servem de parâmetro e como condutor para toda a legislação e princípios infraconstitucionais, em respeito à hierarquia das normas.<sup>15</sup>

Nos ensinamentos de Paulo Bonavides, os princípios constitucionais figuram como norma das normas. Confira-se:

“Postos no ponto mais alto da escalada normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo posituação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma *normarum*, ou seja, norma das normas”<sup>16</sup>

Dentre estes princípios constitucionais, tem-se que o da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal devem ser considerados princípios maiores, que

---

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 17.

<sup>14</sup> FAVORETTO, Afonso Celso. *Princípios Constitucionais Penais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>15</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. 13. ed. p. 289-290.

regem todos os demais princípios infraconstitucionais e constitucionais, sobretudo os penais e processuais penais.

Segundo as palavras de Nelson Nery, o princípio da dignidade da pessoa humana é “o princípio fundamental do direito. É o primeiro. O mais importante”.<sup>17</sup>

Nucci exalta que a dignidade da pessoa humana “é um princípio de valor pré-constitucional e de hierarquia supraconstitucional”, ou seja, que está acima, inclusive, dos demais princípios constitucionais.<sup>18</sup>

Este princípio, em seu prisma objetivo, diz respeito às mínimas condições de vivência, ora reconhecidas pela Constituição no inciso IV do seu art. 7.º,<sup>19</sup> tais como salário mínimo, alimentação, lazer, higiene, transporte, educação, vestuário, dentre outros. Por outro lado, do ponto de vista subjetivo, a dignidade da pessoa humana consiste na guarda da sua moral e intelectualidade e está ligada à preservação da respeitabilidade e autoestima.

O princípio do devido processo legal, por outro lado, advém do princípio da legalidade e preconiza que “ninguém deve ser preso senão em virtude da vontade soberana do povo, seja expressa por lei ou por costume”<sup>20</sup>.

A partir desses dois princípios maiores, decorrem diversos outros princípios constitucionais penais como o da legalidade e anterioridade, individualização da pena, humanidade das penas, livre convencimento motivado, *ne bis in idem*, dentre outros.

---

<sup>17</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.45.

<sup>18</sup> Ibidem. p. 46.

<sup>19</sup> “IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 18 jun 2015.

<sup>20</sup> NUCCI, op. cit., p.35.

## 1.2 O Princípio do *Ne Bis In Idem*

O princípio do *ne bis in idem* garante que ninguém será processado e penalizado duas ou mais vezes pelo mesmo fato. Dada a peculiaridade desta garantia constitucional, faz-se necessário compreender sua origem histórica para analisar sua influência e dinâmica no ordenamento jurídico brasileiro.

### 1.2.1 Breve Relato Histórico

Não há como apontar com exatidão o momento em que surgiu o princípio do *ne bis in idem*. Contudo, para a maioria dos doutrinadores, suas primeira premissas surgiram no direito romano, como consequência do instituto da coisa julgada e do caráter preclusivo do processo.<sup>21</sup>

De acordo com Saboya, tem-se que por volta dos anos 123-122 antes de Cristo, o princípio *ne bis in idem* foi consagrado na *Lex Repetundarum*, determinando que a sentença daria fim ao processo e proibiria uma nova ação pelos mesmos fatos, ainda que o *decisum* tivesse se fundado em erro. No entanto, cumpre anotar que a *Lex Repetundarum* atingia apenas a esfera cível, não se estendendo à esfera penal.<sup>22</sup>

Após, durante o período dos sistemas inquisitivos a garantia *ne bis in idem* foi deixada de lado, sobretudo porque uma das principais características deste sistema era a busca da verdade a qualquer custo.<sup>23</sup>

Foi somente na Revolução Francesa de 1789 que o princípio *ne bis in idem* foi reconhecido constitucionalmente, pela primeira vez, no art. 9.º da Constituição Francesa de 1791, atribuindo às sentenças penais os efeitos da coisa julgada.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Ne bis in idem: limites jurídico-constitucionais à persecução penal*. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Área de Concentração em Constituição e Garantias de Direitos, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Ibidem.

Ademais, de acordo com Lincoln Lima da Rocha, os Estados Unidos da América reconheceram o princípio *ne bis in idem* em 1887, por meio de sua 5.<sup>a</sup> emenda à Constituição, ao proibir o duplo julgamento pela mesma ofensa.

A partir do século XX, o princípio *ne bis in idem* passou a ser reconhecido no cenário internacional, através de diversos tratados internacionais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que previu que “ninguém poderá ser julgado ou punido novamente por um delito pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado por sentença transitada em julgado, de acordo com a lei e o processo penal de cada país”.

Também é de grande relevância a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, que assim dispôs sobre o princípio do *ne bis in idem*:

“1. Quem, em consequência da prática de uma infracção penal, tiver sido demandado e definitivamente julgado num Estado-Membro em conformidade com o direito penal e o processo penal desse Estado, não pode, pelos mesmos factos, ser demandado num outro Estado-Membro se já tiver sido absolvido ou, se condenado, a pena tiver sido cumprida, estiver a ser cumprida ou já não possa ser executada, em conformidade com a lei do Estado-Membro do processo.”<sup>25</sup>

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, por sua vez, estabeleceu que “Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado”; e o Estatuto de Roma, que em seu art. 20.1 diz que “salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido”.<sup>26</sup>

No âmbito interamericano, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 1962, e

<sup>25</sup> SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Ne bis in idem: limites jurídico-constitucionais à persecução penal*. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Área de Concentração em Constituição e Garantias de Direitos, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006. p.135

<sup>26</sup> Ibidem.

prescreve em seu art. 8.4. que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.<sup>27</sup>

### 1.2.2 Conceito

O princípio do *ne bis in idem* pode ser entendido pela máxima ‘*nemo debet bis vexari por una et eadem causa*’, que proíbe que alguém seja processado ou investigado, duas ou mais vezes, pelo mesmo fato; e pela máxima ‘*nemo debet bis puniri pro uno delicto*’, que proíbe que alguém sofra sanções, por mais de uma vez, pelo mesmo delito praticado.

Este princípio está intimamente relacionado à coisa julgada, embora não devam ser confundidos.

Os efeitos da coisa julgada podem ser positivos ou negativos. Quanto ao elemento positivo, há o impedimento de se decidir uma pretensão processual de modo diverso ao já decidido; quanto ao elemento negativo, ao qual é comumente ligado ao princípio, há o impedimento de se reformular pretensão processual já decidida.<sup>28</sup>

O princípio do *ne bis in idem* dispõe, de fato, que ninguém será processado e punido, duas ou mais vezes, pelos mesmos fatos, proibindo-se a multiplicidade de procedimento.

Ocorre que, ao contrário da coisa julgada negativa que visa preservar a segurança jurídica, o princípio do *ne bis in idem* tem como principal escopo proteger o cidadão da multiplicidade de ações punitivas estatais em relação a um mesmo fato, se mostrando como verdadeiro direito fundamental.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> COSTA RICA. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 30 mar 2015.

<sup>28</sup> SABOYA. Keity. *Ne bis in idem: História, Teoria e Perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

<sup>29</sup> Ibidem.



Ao tratar do tema, Nucci leciona que por este princípio, “ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal”.<sup>30</sup>

Saboya, por sua vez, partilha do entendimento de que o princípio do *ne bis in idem* consiste em, *litteris*:

“Impossibilidade de mais de uma condenação, pelos mesmos fatos, com a conseqüente proibição de múltipla persecução penal, residindo seu fundamento na necessidade de segurança jurídica, como uma limitação ao poder punitivo estatal”.<sup>31</sup>

Outrossim, León Villalba, pondera o que se segue:

“Na atualidade, o princípio superou a noção tradicional limitada ao efeito preclusivo processual interno, ou no máximo de caráter bilateral entre uma sentença interna e outra de um país estrangeiro, quer dizer o efeito processual externo, incorpora uma vertente substancial que deixa sentir seus efeitos, essencialmente, na regulação de hipóteses de concorrência de normas sancionadoras sobre um mesmo fato. aplicando a máxima em seu conjunto, no que temos denominamos de proteção internacional do princípio. Mas o que sem dúvida alguma constitui o ponto fundamental [...] é a possibilidade de aplicar o princípio *ne bis in idem* às hipóteses de concorrência entre sanção administrativa e penal [...].”<sup>32</sup>

Juliette Lelieur-Fischer aduz que o princípio do *ne bis in idem* ultrapassa os efeitos da coisa julgada negativa, uma vez que sua essência e razão de ser estão relacionadas ao respeito da dignidade da pessoa humana.<sup>33</sup>

Nas palavras de Saboya, é “fundamento axial do princípio do *ne bis in idem* o direito de proteção do indivíduo à unicidade da (re)ação punitiva estatal pelos mesmos fatos e fundamentos, centrado no princípio da dignidade do homem”.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 89

<sup>31</sup> SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Ne bis in idem: limites jurídico-constitucionais à persecução penal*. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Área de Concentração em Constituição e Garantias de Direitos, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006. p.149

<sup>32</sup> SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: História, Teoria e Perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 160.

<sup>33</sup> LELIEUR-FISCHER, Juliette appud SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: História, Teoria e Perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

<sup>34</sup> SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: História, Teoria e Perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 166.

Segundo Vânia Costa Ramos, o princípio do *ne bis in idem* protege a pessoa do indivíduo e sua esfera jurídica contra os incômodos e agressões advindos da multiplicidade de uma ação punitiva.<sup>35</sup>

Em suma, o princípio do *ne bis in idem* figura como um verdadeiro desdobramento do princípio da dignidade humana, buscando impedir a imposição de quaisquer outras consequências jurídicas ao réu que já foi devidamente processado e, a depender do caso, apenado.

### 1.2.2. Princípio do *Ne Bis In Idem* no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O princípio do *ne bis in idem* não possui previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

Muito embora possamos encontrar três manifestações de desdobramentos desta garantia na legislação infraconstitucional – art. 77, inciso V, da Lei n.º 6.815/80<sup>36</sup>; art 8.º do Código Penal<sup>37</sup> e art. 110, §2.º, do Código de Processo Penal<sup>38</sup> –, não há no direito brasileiro qualquer comando normativo que regule e disponha diretamente sobre este princípio.

Em relação ao plano normativo constitucional, também não há qualquer referência explícita ao princípio do *ne bis in idem* na Constituição Federal de 1988.

No entanto, com a adesão do Brasil ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Decreto 592, de 1992 e à Convenção Americana dos Direitos – Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Decreto 678, também de 1992, o

<sup>35</sup> RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Européia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

<sup>36</sup> O art. 77, inciso V, da Lei 6.815/80 leciona que “Art. 77. Não se concederá a extradição quando: [...] V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;”. BRASIL. *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm)> Acesso em 10 jun 2015.

<sup>37</sup> “Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.” BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 10 jun 2015.

<sup>38</sup> “Art. 110. Nas exceções de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, será observado, no que lhes for aplicável, o disposto sobre a exceção de incompetência do juízo. [...] § 2º A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença.” BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em: 10 jun 2015.

princípio do *ne bis in idem* restou acolhido no ordenamento jurídico brasileiro com natureza de direito fundamental.<sup>39</sup>

Pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos, restou acordado em seu Artigo 14, n. 7, que “*Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país*”<sup>40</sup>.

Já o Pacto de São José da Costa Rica consagrou a garantia do indivíduo de não sofrer nova persecução estatal, pelos mesmos fatos, após transitada em julgado a sentença que resolveu a questão.

Com isso, algumas divergências surgiram acerca do status normativo que os tratados e convenções de direitos humanos assumem ao serem acolhidos pela Carta Magna, sobretudo pela exemplificabilidade dada aos direitos fundamentais constitucionais pelo §2.º do art. 5.º da Constituição da República.

Confira-se o teor do referido dispositivo:

“§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”<sup>41</sup>

Quanto à matéria, mister se faz citar quatro correntes principais que tratam do assunto. Para a primeira corrente, os tratados e convenções de direitos humanos assumem o status supralegal; para a segunda corrente, possuem natureza constitucional; para a terceira corrente, caráter legal; e para a última corrente, caráter supraconstitucional.

A maioria dos Ministros da Suprema Corte Federal vem se alinhando no sentido da supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos, ou seja,

---

<sup>39</sup> SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

<sup>40</sup> COSTA RICA. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 30 mar 2015

<sup>41</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 jun 2015 às 18:10.

abaixo das normas constitucionais, mas em decorrência de seu caráter especial, acima das normas legais.<sup>42</sup>

Por oportuno, cite-se o trecho da ementa do Recurso Extraordinário n.º 349703/RS do Pretório Excelso, *in verbis*:

“Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.”<sup>43</sup>

No que tange ao princípio do *ne bis in idem*, o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que este deve complementar o *rol* dos direitos e garantias fundamentais, ainda que sem caráter de preceito constitucional. Ilustrativamente:

“Ementa: *Habeas Corpus*. Processual penal. Persecução penal na Justiça Militar por fato julgado no juizado especial de pequenas causas, com trânsito em julgado: impossibilidade: constrangimento ilegal caracterizado. Adoção do princípio do *ne bis in idem*. *Habeas Corpus* concedido. 1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva. 2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes. 3. *Habeas Corpus* concedido”<sup>44</sup>

Portanto, afigura-se inadmissível a acusação e a penalização do indivíduo em relação a um mesmo fato, por mais de uma vez, sob pena de se configurar evidente violação a direito fundamental.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*: RE 466343/SP. Tribunal Pleno. São Paulo, 03/12/2008. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 maio 2015.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*: RE 349703/RS. Tribunal Pleno. Rio Grande do Sul, 03/12/2008. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 maio 2015.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 86606/MS. Primeira Turma. Mato Grosso do Sul, 22/05/2007. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 maio 2015.

### 1.2.3. O Princípio do *Ne Bis In Idem* no Direito Penal

No âmbito do direito penal, o princípio do *ne bis in idem* deve ser interpretado de forma ampla, de modo que não se proíbe somente a dupla persecução e penalização pelo mesmo fato, mas também a reavaliação de elementar do tipo penal no decorrer da fixação da pena, e a dupla valoração de uma mesma circunstância para majorar a reprimenda em momentos diferentes do sistema trifásico de dosimetria da pena.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte trecho do voto do Ministro Teori Zavaski no HC n.º 112/776/MS:

“A partir de uma compreensão ampliada desse princípio, não restrito à impossibilidade das persecuções penais múltiplas, desenvolveu-se uma das suas mais relevantes funções no direito penal constitucional: balizar a individualização da pena, com vistas a impedir mais de uma punição individual pelo mesmo fato em momentos diversos do sistema trifásico adotado pelo Código Penal (art. 68).”<sup>45</sup>

Tem-se que esta proibição à reavaliação das circunstâncias de aplicação da pena têm suas primeiras referencias na época do Iluminismo, no sistema jurídico alemão. Saboya aduz que este princípio foi previsto no Código da Baviera de 1813 e vedava “a reconsideração de determinado elemento como circunstância accidental e, ao mesmo tempo, constitutiva do delito”<sup>46</sup>.

No Código Penal Brasileiro foi feita uma pequena menção a esta premissa, de forma implícita, em seu art. 61, ao dispor que “são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime[...]”<sup>47</sup>.

Paulo Queiroz alerta para o fato de que alguns magistrados, por meio de recursos linguísticos, exasperam a pena do Réu com fundamento em circunstâncias que já compõe o tipo penal em si, o que, de fato, configura *bis in idem*. Confira-se:

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 112776/MS. Tribunal Pleno. Mato Grosso do Sul, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 maio 2015.

<sup>46</sup> SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.. p. 232.

<sup>47</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 17 jun 2015.

“Assim, por exemplo, ao condenar funcionário público por crime contra a administração pública (v. g., peculato, corrupção passiva), afirmar que ‘o réu praticou ação das mais reprováveis, visto que violou a confiança inerente ao exercício da função pública’, como se o fato de ser servidor público já não tivesse orientado a decisão político-criminal do legislador de autonomizar/criminalizar tais condutas, punindo-as, inclusive, mais duramente, precisamente em razão dos deveres inerentes ao cargo/função”<sup>48</sup>

Nos ensinamentos da Ministra Laurita Vaz, uma circunstância só poderá ser levada em conta para exasperar a pena-base quando extrapolar os elementos do tipo penal.<sup>49</sup>

Da mesma forma já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, repreendendo que uma circunstância que constitui a figura do tipo penal seja utilizada para agravar a situação do indivíduo na aplicação da pena. Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. NÃO INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL VIOLADOS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. PERDA DO POSTO OU GRADUAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVANTE DO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA G, DO CÓDIGO PENAL. CRIME PRÓPRIO. NÃO INCIDÊNCIA. BIS IN IDEM.

[...]

4. Os crimes previstos nos artigos 89 e 92 da lei de licitações são próprios, não incidindo a agravante genérica do artigo 61, II, ‘g’, do Código Penal, pena de *bis in idem*.

5. Agravo parcialmente provido.”<sup>50</sup>

Exemplificativamente, o acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1111902/SP apontou violação ao princípio *do ne bis in idem* no acórdão proferido pela Corte *a quo* que, ao dosar a pena do réu

<sup>48</sup> QUEIROZ, Paulo. *Erros frequentes na aplicação da pena*, 2005. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/erros-frequentes-na-aplicacao-da-pena/>> Acesso em: 13 set 2015.

<sup>49</sup> “Da mesma forma, a questão de o Paciente ter tido acesso aos autos em razão de ser Advogado - o que fora reconhecido nas instâncias ordinárias para ressaltar a culpabilidade - evidentemente não extrapola os elementos do tipo, razão pela qual também não pode ser considerado circunstância judicial desfavorável.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 150025/DF. Quinta Turma. Distrito Federal, 28/06/20011. Relator Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 31 maio 2015.

<sup>50</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial*: AgRg no REsp 1433697/RS. Sexta Turma. Rio Grande do Sul, 07/04/2015. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 jun 2015.

condenado pelo crime de corrupção passiva, considerou como circunstância judicial desfavorável o fato de o réu ter se valido da condição de agente da polícia federal para praticar o delito.<sup>51</sup>

Ocorre que o crime tipificado no art. 317 do Código Penal é próprio, devendo o sujeito ativo ser necessariamente funcionário público para praticá-lo. Desse modo, fica impedida a utilização do fato de o acusado ser agente da polícia federal para fixar a pena-base acima do mínimo legal.

Da mesma forma, é vedado que se utilize do argumento de que o acusado visava o “lucro fácil” para desvalorar os motivos do delito, em especial quando se tratar de crimes contra o patrimônio e crime de tráfico de drogas, uma vez que esta é uma circunstância inerente à elementar do tipo penal.

Partilhando deste entendimento, transcrevo trecho do voto do Ministro Jorge Mussi no HC 237043/SP, *litteris*:

“Prosseguindo na análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a magistrada de primeiro grau considerou que os motivos do delito se resumiriam “à utilização de meio de captação de lucro fácil” (e-STJ fl. 45), argumento que também não pode ser considerado idôneo para o aumento de pena procedido na primeira fase de fixação da reprimenda, especialmente no referente ao crime de associação para o tráfico e ao de concussão, pois essa circunstância é inerente aos próprios tipos penais infringidos.”<sup>52</sup>

De outra parte, verifica-se haver também violação ao *ne bis in idem* ao se utilizar um mesmo fundamento para exasperar a pena em momentos diversos da dosimetria da pena.

Confira-se o seguinte precedente da Corte Superior:

---

<sup>51</sup> “Como se isso não bastasse, porque a condição de funcionário público constitui o próprio elemento do tipo penal, não há como se tomar como circunstância judicial desfavorável o fato de que o crime foi cometido porque o réu C. V. dos S. D. se valeu de seu cargo de Agente de Polícia Federal, sob pena de se configurar bis in idem, o que não se pode admitir.” <sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial*: AgRg no REsp 1111902/SP. Quinta Turma. São Paulo, 19/08/2014. Relator Min. Moura Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 jun 2015.

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 237043/SP. Quinta Turma. São Paulo, 05/08/2014. Relator Min. Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 jul 2015.

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ELEVADA COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA TAMBÉM UTILIZADA NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS JUSTIFICADO. PRECEDENTE DESTES STJ.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006 deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 do referido diploma legal.

2. Ao interpretar o mencionado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

[...]

REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REITERAÇÃO DE PEDIDO DECIDIDO EM OUTRO WRIT. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de afastar o bis in idem, porém sem reflexo na reprimenda definitiva, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.”<sup>53</sup>

Nessa esteira, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 309.794/SP, constatou haver violação ao *bis in idem* na sentença que, se valendo do único fato de terem sido cometidos 3 furtos, exasperou a pena-base a título de circunstâncias do delito e aplicou a causa de aumento de pena da continuidade delitiva.<sup>54</sup>

Em outro caso, a Sexta Turma da Corte Superior entendeu haver violação ao *bis in idem*, uma vez que a circunstância utilizada para qualificar o crime de homicídio a título de motivo torpe, também foi utilizada para desvalorar as

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 313930/SP. Quinta Turma. São Paulo, 24/03/2015. Relator Min. Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 jul 2015.

<sup>54</sup> “A exemplo da sentença, o acórdão sopesou negativamente o fato de terem sido cometidos 3 delitos de furto. Contudo, esse desvalor foi computado na primeira (circunstâncias do delito) e na terceira fases da dosimetria da pena (causa de aumento pelo crime continuado).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 309794/SP. Quinta Turma. São Paulo, 02/06/2015. Relator Min. Gurgel de Faria. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul 2015.



circunstâncias do delito e aumentar a pena-base. Confira-se:

“No tocante às circunstâncias do crime, observa-se que a magistrada singular laborou em equívoco, pois considerou a mesma circunstância utilizada para qualificar o crime, a título de motivo torpe, a fim de aumentar a reprimenda na primeira fase, consistente no fato de a vítima ter tido sua vida ceifada, ‘porque efetivamente resolveu ir até a residência de um conhecido, cobrar uma dívida, tendo como única ofensa o fato de residir em local diverso e sob comando de facção criminosa diversa da que comanda o local onde se encontrava’ (fl. 37), configurando *bis in idem*.”<sup>55</sup>

Contudo, impende anotar que segundo jurisprudência pacífica, em havendo mais de uma qualificadora, não há ilegalidade em utilizar uma delas para qualificar o crime e as outras, casos previstas, como circunstâncias agravantes do art. 61, inciso I, do Código Penal, ou, residualmente, como circunstância judicial desfavorável do art. 59 do Código Penal.<sup>56</sup>

Ainda quanto ao *bis in idem* na dosimetria da pena, ressalte-se que havendo o réu uma condenação que se presta para configurar a reincidência, não poderá o aplicador do direito utilizá-la na primeira fase para exasperar a pena-base a título de maus antecedentes ou para desvalorar a conduta social e personalidade do agente.

Quanto à matéria, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 241 que dispõe que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

No entanto, assim como no caso de múltiplas qualificadoras, a Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que, havendo o réu duas ou mais condenações aptas a configurar a reincidência, não há violação ao *bis in idem* ao considerar uma delas na segunda fase como agravante genérica e a outra, residualmente, na primeira fase para exasperar a pena-base a título de maus antecedentes. Nesse mesmo sentido, *litteris*:

---

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 180806/RJ. Sexta Turma. Rio de Janeiro, 04/11/2014. Relator Min. Sebastião Reis Junior. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul 2015.

<sup>56</sup> “A Quinta Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que, diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal.” <sup>56</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 220526/CE. Quinta Turma. Ceará, 17/12/2013. Relator Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 5 jul 2015.

“o paciente possuía mais de uma condenação transitada em julgado, sendo que uma foi utilizada para os maus antecedentes, e, a outra, como agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. Desse modo, os maus antecedentes ostentados pelo paciente, a despeito da inexistência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal”<sup>57</sup>

Como se vê, há diversas formas de manifestação do princípio do *ne bis in idem* na aplicação da pena, cabendo ao magistrado analisar o caso concreto e sanar, caso verificada, a ilegalidade.

Desse modo, tem-se que princípio do *bis in idem* deve ser interpretado de forma ampla no âmbito do direito penal, proibindo não só que o Réu seja novamente processado e sancionado pelos mesmos fatos, mas buscando evitar também qualquer reavaliação de uma mesma circunstância para agravar a pena do indivíduo, seja ela decorrente do fato de integrar o próprio tipo penal ou de ser considerada duplamente no decorrer da dosimetria.

---

<sup>57</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 296751/SP. Quinta Turma. São Paulo, 19/05/2015. Relator Min. Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 ago 2015.

## 2 DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06

Dentre as diversas modificações trazidas com a Lei 11.343/06, pode-se dizer que a causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 foi um dos novos institutos que mais gerou divergência jurisprudencial quanto à sua aplicação. Neste segundo capítulo discorrer-se-á sobre a figura do tráfico privilegiado e seus requisitos legais de aplicação e por fim, apresentar-se-á a problemática acerca dos parâmetros balizadores do *quantum* redutor do § 4.º do art. 33.

### 2.1 A Figura do Tráfico Privilegiado

Com o advento da Lei 11.343/2006, que revogou as Leis 6.368/1976 e 10.409/2002, foi conferido tratamento mais rigoroso aos grandes traficantes que se entregam de forma reiterada ao mundo do tráfico, fazendo desta conduta ilícita seu meio de vida.

Para o crime de tráfico de drogas – anteriormente tipificado no art. 12 da Lei 6.368/1976 e agora tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006 –, aumentou-se a pena mínima cominada, que era de 3 (três) a 15 (quinze) anos, para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos. Da mesma forma, foi imposta pena de multa mais rigorosa para aqueles que incorressem neste tipo penal: de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa para 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa.<sup>58</sup>

Por outro lado, a grande inovação, dentre as tantas mudanças trazidas pela nova Lei de Drogas, foi a inédita causa de diminuição de pena prevista em seu art. 33, § 4.º, que conferiu ao pequeno traficante tratamento mais brando. Confira-se, por oportuno, o referido dispositivo legal, *litteris*:

"§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."<sup>59</sup>

<sup>58</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial, volume 4*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

<sup>59</sup> BRASIL. *Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)> Acesso em: 25 abr 2015.

Desse modo, embora a Lei 11.343/2006 tenha tratado o grande traficante com maior rigor, o pequeno traficante foi agraciado com a possibilidade de considerável abrandamento da pena – de 1/6 a 2/3 –, criando-se assim uma espécie de tráfico privilegiado.

Impende anotar, contudo, que a incidência da causa de diminuição de pena não afasta o caráter hediondo do delito, porquanto os requisitos elencados para aplicação da minorante referem-se à circunstâncias pessoais do réu e não à circunstâncias referentes à razão da prática do delito. É por esse motivo que, nas palavras do Ministro Felix Fischer, “as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar”.<sup>60</sup>

Esse posicionamento restou consolidado no Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do recurso repetitivo (tema: 600), assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPP). PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. CARÁTER HEDIONDO. MANUTENÇÃO. DELITO PRIVILEGIADO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO. REQUISITO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 8.072/1990. OBRIGATORIEDADE.

1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas, uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime.

2. A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

3. Recurso especial provido para reconhecer o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas, mesmo tendo sido aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e para determinar que, na aferição do requisito objetivo para a progressão de regime, seja observado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação atribuída pela Lei n. 11.464/2007, ficando

---

<sup>60</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 149.942/MG. Quinta Turma. Minas Gerais, 06/04/2010. Relator Min. Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 set 2015.

restabelecida a decisão do Juízo da Execução.”<sup>61</sup>

Em verdade, o instituto do tráfico privilegiado não buscou criar um novo tipo penal, mas conferir tratamento distinto ao traficante eventual e ao grande traficante, evitando-se assim a padronização e proporcionando uma individualização da pena mais adequada.

Nessa esteira, o Ilustre Ministro Sebastião Reis Junior defende que esta minorante não foi criada para atenuar a reprimenda em função da menor gravidade da conduta, mas “por razões de política criminal, como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma mais rápida oportunidade de ressocialização”<sup>62</sup>.

Para Sérgio Ricardo de Souza, a implementação da minorante consiste em “uma opção do legislador por 'separar o joio do trigo danificado', aumentando o rigor em relação àquele e criando opções de minimizar a punição em relação a este, que em tese se encontra em uma situação onde a reinserção social é mais viável”.<sup>63</sup>

Renato Marcão, por sua vez, embora alerte para o fato de que deverá o Magistrado analisar com redobrado cuidado os requisitos legais, sob pena de se “conceder ou negar o benefício fora das hipóteses pretendida pelo legislador”<sup>64</sup>, defende que esta minorante confere a ele “maior amplitude de apreciação do caso concreto”<sup>65</sup>.

Portanto, deve-se entender esta inovação trazida pela Lei 11.343/2006 como um instrumento que proporciona maior adequação e proporcionalidade quando da aplicação da pena, enaltecendo do princípio constitucional da individualização da pena.

---

<sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*: REsp 1329088/RS. Terceira Seção. Rio Grande do Sul, 13/03/2013. Relator Min. Sebastião Reis Junior. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 01 set 2015.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à Lei Antidrogas (11.343/06): Pós-Reforma do CPP*. São Paulo: Lumen Juris, 2010. p. 87.

<sup>64</sup> MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 - nova lei de drogas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 140.

<sup>65</sup> Ibidem. p. 200.

Feitas as pertinentes considerações iniciais acerca da causa especial de diminuição de pena do crime de tráfico – art. 33, § 4.º, Lei 11.343/2006 –, passa-se à análise dos requisitos legais exigidos para sua aplicação.

## 2.2 Requisitos

O § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06 estatui que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser diminuídas de 1/6 a 2/3, desde que o acusado atenda, cumulativamente, aos quatro requisitos listados neste artigo. Desse modo, fará jus ao benefício aquele pequeno e eventual traficante que for (a) primário; (b) portador de bons antecedentes; (c) não se dedicar à atividade criminosa; (d) não integrar organização criminosa.

Impende ressaltar que na falta de qualquer um destes requisitos, não deverá ser concedida a diminuição da pena. Neste mesmo diapasão, o Ministro Felix Fischer aduziu que “os requisitos previstos na causa de diminuição são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles induz a não aplicação da causa de diminuição de pena”.<sup>66</sup>

Em contrapartida, muito embora o texto da Lei se utilize da expressão “poderão ser reduzidas”, caso sejam cumpridos todos os requisitos listados no art 33, § 4.º, o Magistrado deverá aplicar a causa de diminuição de pena, por se tratar de direito subjetivo do Réu.<sup>67</sup>

### 2.2.1 Primariedade

Para possibilitar a aplicação da causa especial de diminuição de pena, é necessário que o Réu seja primário, logo, que não seja reincidente.

---

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 313318/RS. Quinta Turma. Rio Grande do Sul, 07/05/2015. Relator Min. Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 set 2015.

<sup>67</sup> SILVA, César Dario Mariano d. *Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

De acordo com o art. 63 do Código Penal Brasileiro, considera-se reincidente aquele que, “comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”<sup>68</sup>

Rogério Greco leciona que este artigo faz menção a três fatos imprescindíveis à configuração da reincidência, quais sejam, “1º) prática de crime anterior; 2º) trânsito em julgado da sentença condenatória; 3º) prática de novo crime, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”<sup>69</sup>.

O artigo subsequente, por sua vez, acrescenta em seu inciso I que entre a data do cumprimento ou extinção da primeira pena e a data da nova infração penal não poderá decorrer lapso temporal superior a 5 anos. Caso contrário, a condenação anterior perderá a eficácia em configurar a reincidência. Confira-se:

“Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.”<sup>70</sup>

Nesse ponto, impende anotar que em casos de concessão de *sursis* ou de livramento condicional, dar-se-á início à contagem do prazo quinquenal na data da audiência admonitória.

Por outro lado, o inciso II do referido dispositivo legal exclui também, para efeitos de reincidência, todos os crimes políticos e os crimes militares próprios, ou seja, “aqueles que só um militar pode cometer, por sua própria condição, os quais se realizados por pessoa que não seja militar, são atípicos”<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 10 jun 2015.

<sup>69</sup> GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 174.

<sup>70</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 25 abr 2015 .

<sup>71</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique apud GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p.175.

Assim sendo, reincidente é aquele infrator que comete um novo delito após transitar em julgado a sentença que, no Brasil ou no exterior, o tenha condenado por crime anterior – desde que não seja militar próprio ou político –, observado o período depurador de 5 anos.

### 2.2.2 *Bons Antecedentes*

Quanto ao quesito bons antecedentes, há algumas divergências, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, quanto ao que pode ou não ser considerado como maus antecedentes.

Para a corrente minoritária, além das sentenças definitivas que já foram cumpridas ou extinguida a pena há mais de 5 anos, os inquéritos em curso, processos em andamento e sentenças pendentes de trânsito em julgado também se prestam para configurar os maus antecedente.

Nesse mesmo sentido, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho lecionam que, *in verbis*:

"não se pode equipar, para fins de aplicação de pena, o agente criminoso que possui diversos pontamentos em sua vida criminal com aquele que possui passado imaculado, sob pena de se ferir de morte o princípio da isonomia"<sup>72</sup>

Pela outra vertente, deve-se prevalecer o princípio da presunção de não-culpabilidade ou inocência, de modo que somente sentenças condenatórias já transitadas e julgado, e que já tenham sido alcançadas pelo período depurador de 5 anos da reincidência, deverão ser consideradas como maus antecedentes.

O Superior Tribunal de Justiça inclusive editou a súmula 444 ditando que "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"

Outrossim, o Ministro Rogerio Schietti Cruz, no julgamento do HC 224.037/MS, ponderou que de acordo com orientação sedimentada na Corte Superior, "inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar maus

---

<sup>72</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. e CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 121-122.



antecedentes, conduta social inadequada ou personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade”.<sup>73</sup>

O Ministro Celso de Mello da Suprema Corte de Justiça, no julgamento do HC 108.026/MS, proferiu voto neste mesmo sentido. Confira-se:

“A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais – ou, ainda, a perseguições criminais de que não haja derivado, em caráter definitivo, qualquer título penal condenatório – não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para autorizar a formulação, contra o indiciado ou o réu, de juízo (negativo) de maus antecedentes, em ordem a recusar, ao que sofre a ‘persecutio criminis’, o acesso a determinados benefícios legais[...]”<sup>74</sup>

Da mesma forma vem decidindo a Sexta Turma da Corte Superior de Justiça ao vedar a utilização de inquéritos e ações penais em curso para negar a aplicação da minorante ao acusado como incurso no crime de tráfico de drogas, *in verbis*.<sup>75</sup>

“É inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n.º 11.343/2006 amparando-se na pendência de feitos criminais em curso, haja vista que é pacífica a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.”<sup>76</sup>

Portanto, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inquéritos e ações penais pendentes de trânsito em julgado não se prestam para configurar os maus antecedentes, e conseqüente, não são aptos a afastar a concessão do benefício do tráfico privilegiado.

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 224037/MS. Sexta Turma. Mato Grosso do Sul, 16/04/2015. Relator Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 8 set 2015.

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 108026/MS. Segunda Turma. Mato Grosso do Sul, 27/03/2012. Relator Min. Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 set 2015.

<sup>75</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial*: AgRg no REsp 1431091/SP. Sexta Turma. São Paulo, 14/04/2015. Relator Min. Sebastião Reis Junior. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 3 maio 2015.

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 297375/RS. Sexta Turma. Rio Grande do Sul, 07/05/2015. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago 2015.

### 2.2.3 Não se Dedicar à Atividade Criminosa

Ao contrário dos dois primeiros requisitos que podem ser demonstrados a partir de ficha de antecedentes criminais, este terceiro necessita ser examinado a partir do caso concreto, cabendo à Acusação o ônus de sua prova.

Assim sendo, ao Magistrado cabe analisar as circunstâncias do delito, o *modus operandi* e as provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa para proferir juízo valorativo quanto a este requisito.

Ressalte-se que embora esteja sedimentado, nas Cortes Superior e Suprema, o entendimento de que condenações sem trânsito em julgado, inquéritos e ações penais em curso não se prestam para indicar maus antecedentes, o Superior Tribunal de Justiça os tem admitido como indicativo de dedicação do Réu à atividade criminosa.

Em recente acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, restou decidido que a sentença condenatória pendente de trânsito em julgado indicava a dedicação do Paciente à atividade criminosa, de modo a afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Veja-se:

“Esta Corte tem se posicionado no sentido de considerar a condenação anterior - mormente em se tratando de crimes de mesmo jaez -, ainda que não transitada em julgado, como fator impeditivo para o reconhecimento da minorante, visto se tratar de dedicação a atividades criminosas, óbice previsto no § 4º do referido preceito de regência.”<sup>77</sup>

No entanto, a quantidade e a natureza da droga, bem como a maneira como é acondicionada e mantida, são mais frequentemente utilizadas para demonstrar a dedicação do infrator à atividade criminosa.

Em reiterados acórdãos proferidos pelos Tribunais pátrios, a grande quantidade de entorpecente ou a diversidade das drogas apreendidas fundamentam a negativa de concessão da minorante do tráfico privilegiado.

---

<sup>77</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 313318/RS. Quinta Turma. Rio Grande do Sul, 07/05/2015. Relator Min. Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 jul 2015.

Segundo lição de Andrey Mendonça e Paulo Galvão, “traficantes que são encontrados com grandes quantidades, em geral, estão envolvidos com organização criminosa ou já se trata de traficante habitual”.<sup>78</sup>

Confira-se o voto proferido pela Eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura no HC 317689/SP, *litteris*:

“Assim, concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas - não só com base na valoração equivocada dos antecedentes criminais, mas em razão das circunstâncias do caso concreto (quantidade, diversidade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas em poder do paciente - 199,2 g de maconha, 17 g de cocaína e 43,6 g de crack, no total de 331 porções individuais -, bem como o fato de o réu não ter comprovado atividade lícita remunerada) -, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.”<sup>79</sup>

Nesta mesma linha, a Suprema Corte tem mantido decisões que afastam a concessão do benefício com fulcro em análise minuciosa da prova dos autos – sobretudo de depoimentos de testemunhas e interrogatório do Réu – que comprovam a reiteração da conduta delitiva, ainda que se trate de Acusado primário e portador de bons antecedentes.

Em acórdão proferido pela Segunda Turma, concluiu-se que “a paciente ‘vendia substância entorpecente com habitualidade, dedicando-se a atividade criminosa’”, a partir de depoimentos de testemunhas que afirmaram, em juízo, ter adquirido substâncias entorpecentes com a Acusada por reiteradas vezes.<sup>80</sup>

Frise-se que embora este seja um critério subjetivo, não deve ser utilizado para negar a aplicação da minorante de forma discricionária, devendo o legislador indicar de forma fundamentada a dedicação do réu à atividade criminosa.

---

<sup>78</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. e CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; 2012. p. 122.

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 317689/SP. Sexta Turma. São Paulo, 05/05/2015. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 set 2015.

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 126242/MS. Segunda Turma. Mato Grosso do Sul, 24/03/2015. Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 set 2015.

### 2.2.4 Não Integrar Organização Criminosa

Assim como a exigência de não se dedicar à atividade criminosa, o requisito de não integrar organização criminosa deve ser analisado observando-se o conjunto fático-probatório de cada caso. Verifica-se, contudo, que na maioria das vezes são analisadas as mesmas circunstâncias para aferir o envolvimento do Réu tanto com atividade criminosa, quanto com organização criminosa.

Segundo pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a grande quantidade e a variedade da natureza das drogas evidenciam envolvimento do Acusado com organização criminosa, conforme ficou aduzido no acórdão abaixo transcrito, *in verbis*:

“As instâncias de origem negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 por entenderem que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e possuía envolvimento com organização criminosa, tendo em vista a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 34 microtubos de cocaína, 45 porções de crack e 26 porções de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Escorreito, pois, o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.”<sup>81</sup>

Além disso, a jurisprudência é sedimentada no sentido de que a condenação como incurso no art. 35 da Lei de Drogas (crime de associação para o tráfico de drogas) afasta a concessão do privilégio, tendo em vista evidenciar o envolvimento do Réu em organização criminosa.

De acordo com Andrey Mendonça e Paulo Carvalho, “se o réu também é processado pelo delito de associação, não se pode dizer que não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa”.<sup>82</sup>

Este entendimento foi consolidado no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 287.706/SC, em que se sustentou o que se segue, *litteris*:

---

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 300544/SP. Sexta Turma. São Paulo, 07/04/2015. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 1 set 2015.

<sup>82</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. e CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; 2012. p. 122.

“Com efeito, sabendo-se que o legislador quis beneficiar o chamado 'traficante de primeira viagem', prevenindo iniquidades decorrentes da aplicação de reprimendas semelhantes às daqueles que fazem do tráfico 'meio de vida', resta efetivamente inviável a concessão da causa especial de diminuição de pena ao réu também condenado com base no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 porque evidenciados, em casos tais, a conduta voltada para o crime e o envolvimento permanente com o tráfico.”<sup>83</sup>

De outra parte, trata-se de situação particular e carregada de divergências a possibilidade de concessão do privilégio às chamadas “mulas”, pessoas contratadas por organizações criminosas ligadas ao narcotráfico, com o único fim de transportar a droga.

Por um lado, entende-se que as mulas não fazem jus à causa especial de diminuição de pena tendo em vista integrarem organização criminosa, sobretudo porque o transporte da droga é indispensável para o funcionamento da narcotraficância.

Mendonça e Carvalho citam um episódio em que uma pessoa foi surpreendida com 951g de cocaína e embora fosse primária e portadora de bons antecedentes, foi negada à ela a concessão do benefício por se tratar de uma “mula”.<sup>84</sup>

Ainda de acordo com eles, em julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, restou ponderado que “o trabalho da ‘mula’ seria condição *sine qua non* para a narcotraficância internacional, razão pela qual entendeu que, de fato, a acusada integrava organização criminosa”<sup>85</sup>

Em orientação contrária, entende-se que não obstante a “mula” tenha total consciência da ilicitude de sua conduta, é um mero instrumento de transporte da droga.

<sup>83</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 287706/SC. Sexta Turma. Santa Catarina, 09/12/2014. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 9 ago 2015.

<sup>84</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. e CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; 2012. 1. ed. p. 122.

<sup>85</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. e CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; 2012. 1. ed. p. 122.

Nesse sentido, o Ministro Dias Toffoli ponderou o seguinte:

“É bem verdade que o exercício da função de “mula”, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga.”<sup>86</sup>

Os tribunais superiores têm se curvado à este último entendimento, mormente diante do fato de que as “mulas”, apesar de estarem relacionadas às grandes organizações criminosas, não podem ser consideradas parte delas por não serem vinculadas de forma estável e permanente às organizações narcotraficantes.

### 2.3 *Quantum* de Diminuição da Pena

Não obstante tenha o legislador elencado os requisitos para aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como o mínimo e máximo patamares do redutor – 1/6 a 2/3 –, deixou de tecer considerações acerca de quais parâmetros devem ser utilizados para escolha entre a maior e menor fração indicada.

A grande e atual questão acerca da dosimetria da pena no crime de tráfico reside em saber se é viável analisar, na aplicação do redutor do tráfico privilegiado, as mesmas circunstâncias que fundamentam a exasperação da pena-base – art. 42 da Lei de Drogas e no art. 59 do Código Penal – sem incorrer em *bis in idem*.

Pois bem. A individualização da pena desenvolve-se em três etapas. Primeiro há a individualização legislativa, momento em que o legislador fixa em abstrato as penas máxima e mínima para determinado tipo penal, de acordo com a gravidade do delito. Após, há a individualização judiciária, em que o Magistrado fixará o montante concreto de pena, levando em conta o caso em concreto. Por fim, há a individualização executória, em que o Juiz das Execuções determinará, diante das circunstâncias de cada apenado, como será executada a sanção penal imposta.<sup>87</sup>

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 124107/SP. Primeira Turma. São Paulo, 04/11/2014. Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 ago 2015.

<sup>87</sup> NUCCI; GUILHERME D. S. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 5. ed.

Quanto à individualização judiciária, o Código Penal Brasileiro, por meio de seu art. 68, adotou o critério trifásico consagrado por Nelson Hungria para dosar a sanção penal. Confira-se:

“Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”<sup>88</sup>

Segundo este critério trifásico, deve-se analisar na primeira fase da dosimetria da pena as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do Código Penal. Após, passa-se à análise das circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) elencadas nos arts. 61, 62 e 65, todos do Código Penal. Por fim, analisa-se as causas de diminuição e aumento de pena elencadas nas partes geral e especial do referido diploma legal.<sup>89</sup>

No entanto, de acordo com o art. 42 da Lei de Drogas, na fixação da pena-base dos crime previstos no referido diploma legal, deverão ser considerados, “com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente”.<sup>90</sup>

Ocorre que, conforme já exposto no capítulo anterior, o princípio do *ne bis in idem* deve ser interpretado no âmbito do direito penal de forma ampla, vendando também a utilização de uma mesma circunstância para agravar a situação do réu em momentos diversos da dosimetria da pena.

Para César Dario Mariano da Silva, “não nos parece correto defender que as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) poderão ser aplicadas para mensurar a maior ou menor diminuição”.<sup>91</sup> O ilustre autor explica que além de violar o princípio do *ne bis in idem*, isso “levaria o Juiz a quase sempre diminuir a pena no máximo (dois

<sup>88</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 10 nov 2014.

<sup>89</sup> NUCCI; GUILHERME D. S. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 5. d.

<sup>90</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus*: AgRg no HC 230684/SP. Quinta Turma. São Paulo, 06/11/2014. Relator Min. Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 abr 2015.

<sup>91</sup> SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 71.

terços), uma vez que a primariedade e bons antecedentes são elementos indispensáveis para o reconhecimento da minorante”.<sup>92</sup>

Partilhando do mesmo entendimento, o Professor Paulo Queiroz sustenta que se segue, *in verbis*:

“se, para a fixação da pena-base acima do mínimo legal previsto, o juiz se valeu, justamente, da natureza/quantidade da droga e da conduta desfavorável, não poderia reconsiderar tais circunstâncias num segundo momento, para efeito de aplicar a redução do art. 33, § 4º, da Lei, no mínimo legal previsto”.<sup>93</sup>

A jurisprudência da Corte Superior, por seu turno, fixou entendimento no sentido de que, para fixação da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código de Penal e, sobretudo, a natureza e quantidade da droga, bem como a personalidade e conduta social, a teor do disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

A Sexta Turma da Corte Superior de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Sebastião Reis Junior, assim se pronunciou sobre o assunto:

“No tocante aos critérios para a escolha da fração legalmente prevista para a redução de pena pela causa especial de diminuição em questão, este Superior Tribunal firmou entendimento de que, se o legislador não forneceu especificamente os parâmetros para a fixação do quantum da diminuição previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mas apenas os pressupostos para a incidência desse benefício legal, impõem-se como critérios a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Assim, na esteira do entendimento adotado por este Superior Tribunal, a quantidade de droga apreendida, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, poderá atuar como parâmetro que defina o grau de redução.”<sup>94</sup>(grifei)

Ademais, ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça possuíam orientação firmada no sentido de que considerar estas circunstâncias na primeira fase e na terceira fase não configura violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo

<sup>92</sup> SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>93</sup> QUEIROZ, Paulo. *Bis in idem na fixação da pena do crime de tráfico privilegiado*, 2011. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/bis-in-idem-na-fixacao-da-pena-do-crime-de-trafico-privilegiado/>> Acesso em: 15 dez 2014.

<sup>94</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus*: AgRg no HC 145989/RJ. Sexta Turma. Rio de Janeiro, 23/11/2010. Relator Min. Celso Limongi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez 2014.



em vista tratar-se de utilização de um mesmo elemento sopesado em momentos distintos da dosimetria, com finalidades diferentes. Por oportuno, trago à baila acórdão proferido pela Sexta Turma da Corte Superior com o referido entendimento:

“Nesse ponto, apenas destaco que, ao contrário do asseverado pelo impetrante, não se trata de *bis in idem* a consideração da quantidade e/ou natureza da droga apreendida na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, e na terceira etapa, para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, visto que se trata, na verdade, de um elemento sopesado em momentos distintos da dosimetria e com finalidades diferentes.”<sup>95</sup>

Nesse mesmo sentido, já se posicionou a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

“O critério contido no art. 42 da Lei n.º 11.343/06 deve ser usado tanto para a fixação da pena-base quanto para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas de modo adequado. Não se trata de *bis in idem*, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.”<sup>96</sup>

No Supremo Tribunal Federal, contudo, pairava a divergência entre a Primeira e a Segunda Turmas acerca da interpretação e aplicação do art. 42 da Lei 11.343/06.

A Primeira Turma do Pretório Excelso partilhava do entendimento de que não se está diante de violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista que quando a natureza e quantidade da droga é utilizada na exasperação da pena-base, avalia-se a circunstância do delito. E após, na terceira fase, é utilizada como indicador de grau de envolvimento do Réu com o tráfico de drogas, a fundamentar o *quantum* do redutor a ser aplicado. Confira-se:

“Não se trata de *bis in idem*, ainda que tais elementos já tenham sido considerados no dimensionamento da pena-base na condição de circunstâncias do crime, como ocorreu neste caso. Afinal, não se trata de considerá-los, por eles próprios, como negativos para fins de aferição do benefício, mas somente como, já adiantado, indicativos do grau de envolvimento do agente no tráfico de drogas e que é

<sup>95</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 229694/MG. Sexta Turma. Minas Gerais, 17/12/2013. Relator Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 abr 2015.

<sup>96</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial*: AgRg no AREsp 410869/ES. Quinta Turma. Espírito Santos, 06/02/2014. Relator Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 abr 2015.

exatamente do que trata o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, devendo a diminuição em questão ser dimensionada segundo ele seja maior ou menor. Nessa perspectiva, a quantidade e a variedade de entorpecentes são fatores, a toda evidência, de relevante consideração." <sup>97</sup>

A Segunda Turma, por seu turno, firmou quando do julgamento do HC 101.317/MS, orientação no sentido de que a quantidade e natureza da droga devem ser utilizadas tão somente para balizar a pena-base na primeira fase da dosimetria da pena, segundo dispõe o art. 42 da Lei 11.343/2006. Entende, portanto, ser vedada a análise destas circunstâncias quando da aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, sob pena de se agravar a pena duas vezes pelos mesmos fatos.

A título exemplificativo, transcrevo trecho do HC 108.513/RS de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, *ad litteram*:

"Contudo, a fixação do quantum de redução deve ser suficientemente fundamentada e não pode utilizar os mesmos argumentos adotados em outras fases da dosimetria da pena. Como se sabe, 'a quantidade e a qualidade de droga apreendida são circunstâncias que devem ser sopesadas na primeira fase de individualização da pena, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, sendo impróprio invocá-las por ocasião de escolha do fator de redução previsto no § 4º do art. 33, sob pena de *bis in idem*.'" <sup>98</sup>

Ocorre que por ocasião do julgamento dos HC's 112.776/MS e 109193/MG, realizado no dia 19/12/2013, restou cindida, no âmbito da Corte Suprema, a controvérsia acerca do momento oportuno para se valorar a quantidade e natureza da droga na dosimetria da pena sem incorrer em *bis in idem*.

---

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 117024/MS. Primeira Turma. Mato Grosso do Sul, 10/09/2013. Relator Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul 2015.

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 108513/MS. Segunda Turma. Mato Grosso do Sul, 23/03/2011. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul 2015.

### 3 INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 33, § 4.º, E 42 DA LEI DE DROGAS SEGUNDO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Senhora Ministra Carmen Lúcia, Presidente da Segunda Turma do Pretório Excelso, na sessão do dia 12/11/2013, no julgamento do HC 109.193/MG<sup>99</sup> de relatoria do Ministro Teori Zavascki, chamou atenção para a grande divergência jurisprudencial quanto à utilização do art. 42 da Lei 11.343/2006, na terceira fase da dosimetria da pena, com a finalidade de balizar o *quantum* redutor do § 4.º do art. 33.

Na ocasião, foi ressaltada a importância de se pacificar a matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal tendo em vista que a grande maioria dos processos julgados na Corte e nas demais instâncias inferiores referem-se à crimes da Lei de Drogas.

Ponderou-se, ainda, que a divergência de julgamentos acarreta grandes prejuízos ao réu e que, uma vez pacificado o entendimento no Supremo Tribunal Federal, embora sem força vinculante, restará indicado um norte para os juízes brasileiros na interpretação dos arts. 42 e 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

O Ministro Relator sugeriu, então, que fosse levado à julgamento além do HC 109.193/MG, que questionava a aplicação do art. 42 da Lei 11.343/2006 na terceira fase, o HC 112.776/MS<sup>100</sup>, em que o Juiz invocou o referido dispositivo legal na primeira e na terceira fase simultaneamente.

Diante disso, a Segunda Turma decidiu por afetar o HC 109.193/MG e apregoar e afetar o HC 112.776/MS ao Plenário, nos termos do parágrafo único do art. 22 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o qual dispõe:

“Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.

---

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 109193/MG. Tribunal Pleno. Minas Gerais, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 112776/MS. Tribunal Pleno. Mato Grosso do Sul, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:  
 a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário.  
 b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.”<sup>101</sup>

No julgamento conjunto dos aludidos *habeas corpus* foram decididas duas questões até então controvertidas: a legitimidade de invocar o art. 42 da Lei 11.343/2006 na aplicação da minorante do art. 33, § 4.º, e a possibilidade de usá-la, cumulativamente, na primeira e na terceira fase de dosimetria da pena. Proceder-se-á, portanto, à análise destes dois julgados.

### 3.1 *Habeas Corpus* n.º 109.193/MG

Consta nos autos do HC 109.193/MG que o Paciente foi condenado, em primeira instância, pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas (arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006) à pena de 8 (oito) anos de reclusão em regime inicial fechado.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação criminal perante o Tribunal local que deu parcial provimento ao recurso para absolver o recorrente quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas e aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º no patamar de 1/6 (um sexto).

No caso em comento, a natureza e a quantidade da droga foram valoradas apenas na terceira fase na dosimetria, quando da aplicação da minorante. Veja-se o trecho do voto que tratou da matéria:

“Porém, tendo em conta a natureza da droga (crack), de sabida potencialidade destrutiva, tanto que chamada por muitos de 'mal do século', e em atendimento ao preceituado no art. 42 da Lei de Tóxicos, aplico a minorante na sua menor fração (1/6), fixando a pena em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, no valor unitário mínimo.”<sup>102</sup>

<sup>101</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*, 2015. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Janeiro\\_2015\\_versao\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf)> Acesso em: 15 set 2015.

<sup>102</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 109193/MG. Tribunal Pleno. Minas Gerais, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

Ainda inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem.

Após, entendendo ser ilegítima a invocação do art. 42 na Lei de Drogas na terceira fase da dosimetria da pena, impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal.

Pois bem. Como se sabe, há no direito penal brasileiro causas de aumento e diminuição de pena com patamar fixo ou variável.

Exemplifica-se: a primeira parte do art. 121, § 6.º, do Código Penal prevê aumento de pena fixo de 1/3 (um terço) se o crime de homicídio for culposo e “resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante”<sup>103</sup>. Em contrapartida, o § 6.º do mesmo dispositivo legal dispõe que o aumento de pena varia de 1/3 (um terço) até metade “se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio”<sup>104</sup>.

Em suas considerações iniciais, o Ministro Relator observou que em se tratando de causas de aumento ou diminuição de pena (e aqui referiu-se às variáveis), “o critério utilizado para dosar a fração adequada e suficiente para reprovação do delito é construído, em regra, a partir de elementos que guardem relação com a minorante ou a majorante”<sup>105</sup>.

À título exemplificativo, citou a causa de diminuição da tentativa (art. 14, inciso II, do Código Penal) em que se avalia a maior ou menor proximidade da consumação do delito para balizar a minorante, e a causa de aumento da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal) em que se considera o número de infrações praticadas para definir a fração de aumento.

---

<sup>103</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 4 set 2015.

<sup>104</sup> Ibidem.

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 109193/MG. Tribunal Pleno. Minas Gerais, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

Ocorre que a grande dificuldade em definir os critérios de fixação da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas reside no fato de que, além de ter o legislador se calado acerca dos parâmetros a serem utilizados, os requisitos legais elencados para concessão a benesse – primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividade criminosa nem integrar organização criminosa – são cumulativos.

Isso significa dizer que “tais critérios negativos são, portanto, excludentes da possibilidade de redução da pena (ou estão todos presentes ou não se aplica o dispositivo)”<sup>106</sup>. Desta feita, não restam elementos que guardam relação com a minorante a serem avaliados, senão aqueles utilizados para fixar a pena-base (art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006).

Diante disso, o Ministro Teori Zavascki entendeu pela legitimidade de se utilizar na terceira fase da dosimetria da pena as circunstâncias do art. 42 da Lei de Drogas não utilizadas na primeira fase.

Explicou que fica à critério do Magistrado definir em qual dos dois momentos serão avaliadas as circunstâncias do art. 42 e que essa medida favorece uma maior proporcionalidade e individualização da pena.

O Relator frisou, ainda, que:

“Sem admitir essa interação entre o § 4º do art. 33 e o art. 42 da Lei 11.343/2006, **o julgador ficaria limitado a aplicar, indistintamente, a maior fração (2/3) a todos os condenados que fizessem jus à redução**, acarretando uma uniformidade de apenamento, em flagrante **violação dos princípios da isonomia, da proporcionalidade, da legalidade, da motivação e da individualização da pena.**”<sup>107</sup> (grifei)

Os demais Ministros, seguindo entendimento do Relator, votaram pela denegação do HC 109.193/MG.

Portanto, o Plenário da Suprema Corte, refutando a orientação até então adotada pela Segunda Turma, entendeu que não obstante a redação do art. 42 da

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 109193/MG. Tribunal Pleno. Minas Gerais, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 109193/MG. Tribunal Pleno. Minas Gerais, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

Lei 11343/2006 estabeleça que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”<sup>108</sup>, é possível utilizá-lo na terceira etapa da dosimetria para balizar a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

### 3.2 *Habeas Corpus* n.º 112.776/MS

Consta nos autos do HC 112.776/MS que o Paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, à pena de 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão em regime inicial fechado.

O Magistrado Sentenciante fixou a pena-base acima do mínimo legal com fundamento nos motivos, circunstâncias e consequências do crime, destacando a natureza e a quantidade da droga. Confira-se, *in verbis*:

“Atento ao disposto no art. 59 do Código Penal e obedecido o critério trifásico, fixo-lhe a(s) pena(s). O acusado não possui antecedentes penais (fl. 59). Os motivos do crime estão ligados à ânsia do ganho fácil, sem exercício de atividade profissional lícita. As circunstâncias e consequências do crime extrapolam o normal ao tipo penal, considerando a quantidade de droga apreendida, ou seja, 14,945kg (...) de maconha e 150g (...) de ‘haxixe’, bem como pelo fato de que o acusado transportaria a droga para Goiânia/GO. O art. 42 da Lei 11.343/2006 prevê, de forma expressa, que na fixação das penas o juiz considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, ‘a quantidade da substância ou do produto’, de modo que tal circunstância constitui elemento hábil a ser considerado para agravar a pena. Em tal contexto, as circunstâncias judiciais não são plenamente favoráveis ao acusado, fundamento pelo qual fixo as penas-base acima do mínimo legal, ou seja, 5 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa.”<sup>109</sup>

Na terceira fase da dosimetria, ao aplicar a causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, considerou novamente a quantidade e natureza da droga para fixar a minorante no patamar de 1/4 (um quarto) – inferior ao máximo legal de

<sup>108</sup> BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 4 set 2015.

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 112776/MS. Tribunal Pleno. Mato Grosso do Sul, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

2/3 (dois terços). Transcrevo, por oportuno, o aludido trecho da sentença condenatória:

“No que pertine ao quantum de redução, o mesmo será fixado levando em consideração as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, bem como a natureza e quantidade de droga apreendida. Assim, na terceira fase da fixação da pena, faço incidir a causa de diminuição reconhecida e, considerando a natureza e quantidade da droga apreendida, reduzo as penas em ¼ (um quarto), tornando-as definitiva em 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 390 (trezentos e noventa) dias-multa à míngua de outros elementos que influenciem na sua fixação.”<sup>110</sup>

Interposta apelação criminal, esta restou desprovida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça que, por meio de acórdão proferido pela Sexta Turma, denegou a ordem ao argumento de que “houve a aplicação da causa de diminuição da pena no patamar inferior ao máximo legal (dois terços), valendo-se a instância ordinária de suficiente fundamentação, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal”<sup>111</sup>.

Diante disso, a defesa impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal sustentando, dentre outras teses, violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista a análise da natureza e quantidade da droga para fixação da pena-base e na aplicação da causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Uma vez que cindida a controvérsia acerca da legitimidade de invocação do art. 42 da Lei de Drogas na terceira etapa da dosimetria, os Ministros passaram a analisar a possibilidade de utilizar estas circunstâncias, simultaneamente, na primeira e na terceira fases da dosimetria.

---

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 112776/MS. Tribunal Pleno. Mato Grosso do Sul, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 112776/MS. Tribunal Pleno. Mato Grosso do Sul, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.



### 3.2.1 Voto do Relator

No que tange à matéria aqui analisada, o Ministro Teori Zavascki entendeu que há incorrência de *bis in idem*, uma vez que a natureza e a quantidade da droga foram utilizadas na primeira fase da dosimetria para exasperar a pena-base e, após, na terceira fase da dosimetria para estabelecer a causa de aumento de pena na fração de  $\frac{1}{4}$ .

Em seu voto, trouxe à baila exemplos de *bis in idem* quando aumenta-se a pena pelo reconhecimento da agravante do art. 61, inciso II, alínea *h*, do Código Penal (contra mulher grávida) no crime de aborto ou quando reconhece-se a incidência da agravante genérica do art. 61, inciso II, alínea *a*, do Código Penal (motivo fútil ou torpe), em casos de homicídio já qualificado pelo motivo torpe. Citou, ademais, o verbete sumular n.º 241 do Superior Tribunal de Justiça que veda a consideração da reincidência penal como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial desfavorável.

Ponderou, assim, que a “dupla valoração negativa de um mesmo fato como circunstância judicial desfavorável e critério para fixação do *quantum* da diminuição da pena, não tem sustento no direito”<sup>112</sup>, havendo flagrante ilegalidade na hipótese em comento.

A Ministra Cármen Lúcia, acompanhando o Relator, sustentou o que se segue:

“Tenho, para mim, que a consideração de um mesmo critério em duas fases, na fase da fixação da pena-base, e, posteriormente, como disse a Ministra Rosa Weber, para efeito de minorante, caracteriza, de toda forma, utilização de um único dado para a apenação. E, portanto, neste caso, tem-se exatamente o que, na minha compreensão, caracteriza o *bis in idem*.”<sup>113</sup>

Nesse ponto, impende anotar que segundo o princípio do *ne bis in idem*, já amplamente discutido, no âmbito do direito penal veda-se que (a) um sujeito seja

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 112776/MS. Tribunal Pleno. Mato Grosso do Sul, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 112776/MS. Tribunal Pleno. Mato Grosso do Sul, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

processado duas vezes pelo mesmo fato; (b) seja exasperada a pena do réu em momentos distintos da dosimetria com fundamento em uma mesma circunstância; (c) seja exasperada a pena com fundamento em elementos inerentes ao próprio tipo penal, já sopesados pelo legislador.

Em verdade, verifica-se dos exemplos elencados pelo Relator que, com a devida licença, referem-se à casos em que a pena é duplamente exasperada com fundamento em um mesmo fato ou circunstância. Ocorre que, no caso em análise, o cerne da controvérsia está em saber se é legítimo invocar uma única circunstância para exasperar a pena, em primeiro momento, e, após, utilizá-la para aplicar uma minorante em menor patamar que o máximo previsto em lei – frise-se que aqui não se está aumentando a pena, mas diminuindo-a.

O que se observa da corrente defendida pelos Ministros Teori e Cármen Lúcia é que ao ponderar que “o princípio do *ne bis in idem* [...] traduz a proibição de sancionar ou punir alguém duas ou mais vezes pelo mesmo fato”<sup>114</sup>, deve-se dar ampla interpretação aos termos “sancionar ou punir”. Assim, segundo entendimento esposado pelos ilustres Ministros, configura *bis in idem* não só a utilização de uma mesma circunstância para exasperar a pena em momentos diversos da dosimetria, mas também a utilização de uma mesma circunstância ora para exasperar a pena, ora para negar ao réu maior benesse.

Isto posto, afim de evitar o *bis in idem* e prestigiar o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal), sustentou o Relator que deve ficar a critério do Juiz decidir em qual das fases da dosimetria irá invocar as circunstâncias do art. 42 da Lei de Drogas, desde que o faça de forma alternativa.

---

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 112776/MS. Tribunal Pleno. Mato Grosso do Sul, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

### 3.2.2 Da Divergência

O Ministro Luiz Fux abriu divergência em relação ao voto do Ministro Relator para questionar a aplicação cumulativa, na primeira e na terceira fase da dosimetria, das circunstâncias do art. 42 da Lei 11.343/2006.

Em seu voto, apontou a grande dificuldade em estabelecer critérios para sopesar o grau de envolvimento do agente com a criminalidade e parâmetros para balizar a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4.º.

Isso porque, apesar dos agentes aptos a serem agraciados com o redutor do tráfico privilegiado possuírem “diminuto envolvimento com a criminalidade organizada”, “sempre possuem algum tipo de envolvimento com o submundo criminoso, ainda que pontual e momentâneo”.<sup>115</sup> Outrossim, ponderou o que se segue:

“A realidade prática dos órgãos de persecução penal é particularmente ingrata, dada a notória dificuldade de definir, no caso concreto, a posição ocupada na hierarquia do tráfico por determinado sujeito.

Vale notar que o tráfico de drogas é atividade praticada em contexto de subjugação de comunidades inteiras, nas quais valem apenas duas leis: a lei do silêncio e a lei do mais forte.

Não é tarefa simples caracterizar a maior ou menor autonomia perante as organizações criminosas de alguém flagrado praticando uma das condutas previstas no tipo penal: vender, expor à venda, ter em depósito, transportar, guardar, entregar ou fornecer a droga, dentre outros.

Dentre os poucos critérios objetivos para auxiliar o Juiz nessa tarefa, figura indubitavelmente a natureza e a quantidade da droga.”

É por esse motivo que defende que a quantidade e natureza da droga têm o condão de figurar como amparo probatório para afastar a causa de diminuição do tráfico privilegiado, graduar a fração redutora e exasperar a pena-base, figurando como verdadeira ferramenta do livre convencimento motivado do juiz exigido pelos arts. 155 do Código de Processo Penal e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

---

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 112776/MS. Tribunal Pleno. Mato Grosso do Sul, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

Sustenta, ademais, que não há se falar em violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista tratar-se de elementos que indicam diferentes fatores. O que se avalia na primeira etapa da dosimetria é a intensidade de lesão à saúde pública – bem jurídico tutelado pelo art. 33, caput e § 1.º da Lei 11.343/2006 –, e o que se avalia na terceira etapa é o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade e dedicação ao tráfico.

Em outras palavras, o Ministro Fux esclarece o seguinte:

“Nesse sentido, não é possível alegar *bis in idem*, visto que, em verdade, o que eleva a pena-base é a intensidade da lesão à saúde pública, enquanto que a causa de diminuição - não se está falando aqui de causa de aumento de pena, não - é concedida em fração menos graciosa, dado o maior grau de envolvimento do réu com a criminalidade organizada ou a sua maior devoção à atividade criminosa.”<sup>116</sup>

Assim sendo, aduz ser possível utilizar a quantidade e natureza da drogas tanto na primeira fase da dosimetria do crime de tráfico para exasperar a pena-base, quanto na terceira fase da dosimetria para graduar a minorante do § 4.º, não havendo, no caso do HC n.º 112.776/MS, flagrante ilegalidade apta a concessão da ordem.

A Ministra Rosa Weber, seguindo a divergência, acrescentou que não se trata de *bis in idem*, tendo em vista que ao considerar a natureza e quantidade da droga na terceira fase, avalia-se a concessão de uma benesse que irá diminuir a pena e não aumentá-la.

Transcrevo, por oportuno, trecho do seu voto:

“A dupla consideração de um mesmo fato para a aplicação da pena, sem dúvida, seria um *bis in idem*. Mas aqui não é. Natureza e quantidade da droga são indicativos do menor ou maior grau para efeito de definição do percentual de redução. E não é de acréscimo, é de redução da pena, porque é uma minorante - é de uma minorante que estamos tratando.”<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 112776/MS. Tribunal Pleno. Mato Grosso do Sul, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 112776/MS. Tribunal Pleno. Mato Grosso do Sul, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

Observe-se que as premissas teóricas aqui utilizadas são totalmente divergentes daquelas invocadas pelo voto do Relator, em que foi dada ampla interpretação ao princípio do *ne bis in idem*, vendando a utilização de uma mesma circunstância para exasperar a pena e, após, para deixar de conceder o redutor no máximo patamar.

O Ministro Dias Toffoli, por seu turno, sustentou que o legislador, ao dispor no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, conferiu ao magistrado o encargo de ponderar motivadamente a fração ideal aplicável ao caso concreto. Caso contrário, o legislador teria definido uma causa de diminuição de pena fixa.

Ocorre que, como se sabe, para fazer jus ao benefício, o acusado deve atender, cumulativamente, os requisitos da primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividade criminosa e nem integrar organização criminosa. Desse modo, como é obrigatório o preenchimento cumulativo destes requisitos, Toffoli entende ser legítimo utilizar-se da quantidade e natureza da droga para ponderar o grau de privilégio dos beneficiados, uma vez que este seria o critério para diferenciá-los.

Ilustrativamente, citou o exemplo de dois privilegiados primários, portadores de bons antecedentes, que não integram organização criminosa e nem se dedicam à ela, mas que em uma situação eventual, um transportou um quilo de maconha e o outro um quilo de cocaína, havendo evidente necessidade de tratamento diverso nos dois casos.

Concluiu, portanto, aduzindo o que se segue:

“Eu penso que, aqui no caso, não se está aplicando o mesmo fato para se estabelecer penas; está-se analisando o mesmo fato em relação ao grau de privilégio, e esse grau de privilégio tem que levar em consideração a realidade, o caso concreto.”

Ainda nessa linha, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que a causa de diminuição do tráfico privilegiado, por possuir o condão de conduzir a pena abaixo do mínimo legal, requer extremo cuidado e segurança na definição do patamar redutor.

E, por ser mostrar como único parâmetro “que surge na interpretação sistemático dos diversos dispositivos envolvidos na espécie”, não há duplicidade em utilizar a quantidade e natureza da drogas para balizar a fração de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

### *3.2.3 Do Acórdão*

Estavam presentes os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Votaram com o Relator os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia, e o presidente da Corte, ministro Joaquim Barbosa.

Seguiram a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux, os Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli e Marco Aurélio.

O Plenário da Suprema Corte, então, por maioria de votos, concedeu parcialmente o HC n.º 112.776/MS, para determinar ao juiz competente que proceda à nova dosimetria da pena à luz do entendimento externado no voto e que fixe regime prisional em observância ao art. 33 do Código Penal.

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal, refutando a orientação até então adotada por ambas as turmas do Superior Tribunal de Justiça, pacificou entendimento no sentido de que o art. 42 da Lei de Drogas poderá ser invocado tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria da pena, desde que de forma não cumulativa, ficando adstrito ao Juiz decidir em qual dos dois momentos irá considerá-lo.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, tratou-se da violação ao princípio do *ne bis in idem* ao considerar as circunstâncias do art. 42 da Lei 11.343/2006, em especial a quantidade e natureza da droga, para fixar a pena-base e o *quantum* redutor da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado.

Por não haver na legislação expressa menção aos parâmetros balizadores do patamar redutor da minorante, restou demonstrado que o tema foi por muito tempo cerceado de divergência, inclusive nas instâncias extraordinárias do judiciário.

Ambas as turmas do Superior Tribunal de Justiça possuíam orientação no sentido de que não há violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista tratar-se de utilização de um mesmo elemento sopesado em momentos distintos da dosimetria, com finalidades diferentes.

Nessa mesma linha, a Primeira Turma da Suprema Corte partilhava do entendimento de que não há ilegalidade em se considerar o art. 42 da Lei de Drogas, cumulativamente, na primeira e terceira etapas da dosimetria, porque naquele primeiro momento avalia-se a circunstância do delito e no segundo momento avalia-se o grau de envolvimento do réu com o tráfico de drogas.

Por outro lado, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, invocando a literalidade do art. 42 da Lei 11.343/2006, sustentava que estas circunstâncias deveriam ser sopesadas somente na primeira fase da dosimetria, sendo impróprio utilizá-las na terceira fase para aplicar a causa de diminuição de pena do § 4.º do art. 33.

Diante desse cenário, o Pretório Excelso, buscando evitar maiores prejuízos aos acusados de tráfico de drogas, decidiu por pacificar a matéria no âmbito da Suprema Corte para, embora sem efeito vinculante, indicar aos magistrados uma direção na forma de interpretar os arts. 42 e 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

Assim sendo, no julgamento conjunto dos HC's 112.776/MS e 109193/MG, realizados em 19/12/13, a maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal, refutando a jurisprudência até então adotada na Corte Superior, entendeu que a

utilização da quantidade e da natureza da droga apreendida para fundamentar a majoração da pena-base e a fixação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, configura, de fato, violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Na ocasião, ficou acordado que caberia ao magistrado decidir em qual das duas etapas sopesaria estas circunstâncias, desde que em apenas uma delas. Outrossim, ressaltou-se que além de evitar violação ao princípio do *ne bis in idem*, privilegiar-se-ia o princípio constitucional da individualização da pena, o poder da discricionariedade motivada do juiz e a proporcionalidade da reprimenda.

Dessa forma, restou demonstrado que o Plenário da Corte Suprema se alinhou à corrente mais benéfica ao réu, conferindo ao princípio do *ne bis in idem* não só o condão de proibir a utilização de uma mesma circunstância para exasperar a pena em momentos diversos da dosimetria, mas também a utilização de uma mesma circunstância ora para exasperar a pena, ora para negar ao réu maior benesse.



## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. 26. ed.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 18 jun 2015.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 10 jun 2015.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em: 10 jun 2015.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)> Acesso em: 28 mar 2014.

BRASIL. *Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)> Acesso em: 25 abr 2015.

BRASIL. *Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm)> Acesso em 10 jun 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial*: AgRg no AREsp 410869/ES. Quinta Turma. Espírito Santos, 06/02/2014. Relator Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 abr 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus*: AgRg no HC 145989/RJ. Sexta Turma. Rio de Janeiro, 23/11/2010. Relator Min. Celso Limongi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus*: AgRg no HC 230684/SP. Quinta Turma. São Paulo, 06/11/2014. Relator Min. Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 abr 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial*: AgRg no REsp 1111902/SP. Quinta Turma. São Paulo, 19/08/2014. Relator Min. Moura Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 jun 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial*: AgRg no REsp 1431091/SP. Sexta Turma. São Paulo, 14/04/2015. Relator Min. Sebastião Reis Junior. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 3 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial*: AgRg no REsp 1433697/RS. Sexta Turma. Rio Grande do Sul, 07/04/2015. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 jun 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 149942/MG. Quinta Turma. Minas Gerais, 06/04/2010. Relator Min. Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 set 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 150025/DF. Quinta Turma. Distrito Federal, 28/06/20011. Relator Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 31 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 180806/RJ. Sexta Turma. Rio de Janeiro, 04/11/2014. Relator Min. Sebastião Reis Junior. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 220526/CE. Quinta Turma. Ceará, 17/12/2013. Relator Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 jul 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 224037/MS. Sexta Turma. Mato Grosso do Sul, 16/04/2015. Relator Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 8 set 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 229694/MG. Sexta Turma. Minas Gerais, 17/12/2013. Relator Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 abr 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 237043/SP. Quinta Turma. São Paulo, 05/08/2014. Relator Min. Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 jul 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 287706/SC. Sexta Turma. Santa Catarina, 09/12/2014. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 9 ago 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 296751/SP. Quinta Turma. São Paulo, 19/05/2015. Relator Min. Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 ago 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 297375/RS. Sexta Turma. Rio Grande do Sul, 07/05/2015. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 300544/SP. Sexta Turma. São Paulo, 07/04/2015. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 1 set 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 309794/SP. Quinta Turma. São Paulo, 02/06/2015. Relator Min. Gurgel de Faria. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 313318/RS. Quinta Turma. Rio Grande do Sul, 07/05/2015. Relator Min. Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 set 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 313930/SP. Quinta Turma. São Paulo, 24/03/2015. Relator Min. Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 jul 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*: HC 317689/SP. Sexta Turma. São Paulo, 05/05/2015. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 set 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*: REsp 1329088/RS. Terceira Seção. Rio Grande do Sul, 13/03/2013. Relator Min. Sebastião Reis Junior. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 01 set 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 108026/MS. Segunda Turma. Mato Grosso do Sul, 27/03/2012. Relator Min. Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 set 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 108513/MS. Segunda Turma. Mato Grosso do Sul, 23/03/2011. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 109193/MG. Tribunal Pleno. Minas Gerais, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 ago 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 112776/MS. Tribunal Pleno. Mato Grosso do Sul, 19/12/2013. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 117024/MS. Primeira Turma. Mato Grosso do Sul, 10/09/2013. Relator Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jul 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 124107/SP. Primeira Turma. São Paulo, 04/11/2014. Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 ago 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 126242/MS. Segunda Turma. Mato Grosso do Sul, 24/03/2015. Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1 set 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*: HC 86606/MS. Primeira Turma. Mato Grosso do Sul, 22/05/2007. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*: RE 349703/RS. Tribunal Pleno. Rio Grande do Sul, 03/12/2008. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*: RE 466343/SP. Tribunal Pleno. São Paulo, 03/12/2008. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*, 2015. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Janeiro\\_2015-versao\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015-versao_eletronica.pdf)> Acesso em: 15 set 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, 1941. 7. ed.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial, volume 4*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

COSTA RICA. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 30 mar 2015.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.53.

FAVORETTO, Afonso Celso. *Princípios Constitucionais Penais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

INFOPEN. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID2627128ED69E45C68198CAE6815E88D0PTBRIE.htm>> Acessado em 10/11/2014 às 13:32> Acesso em: 4 out 2014.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 - nova lei de drogas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. e CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI; Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NÚÑEZ, Martos. apud PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume I*. 7. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume I*. 7. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Européia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 17.

QUEIROZ, Paulo. *Bis in idem na fixação da pena do crime de tráfico privilegiado*, 2011. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/bis-in-idem-na-fixacao-da-pena-do-crime-de-trafico-privilegiado/>> Acesso em: 15 dez 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Erros frequentes na aplicação da pena*, 2005. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/erros-frequentes-na-aplicacao-da-pena/>> Acesso em: 13 set 2015.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Ne bis in idem: limites jurídico-constitucionais à persecução penal*. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Área de Concentração em Constituição e Garantias de Direitos, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: História, Teoria e Perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, César Dario Mariano d. *Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à Lei Antidrogas (11.343/06): Pós-Reforma do CPP*. São Paulo: Lumen Juris, 2010. p. 87.

---